

Revista de Dret Històric Català [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], vol. 16 (2017), p. 11-35

ISSN (ed. impresa): 1578-5300 / ISSN (ed. digital): 2014-0010

<http://revistes.iec.cat/index.php/RDHC> / DOI: 10.2436/20.3004.01.100

NOTAS SOBRE EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA ANTE EL PROCESO CODIFICADOR ESPAÑOL¹

Juan Baró Pazos
Universidad de Cantabria

REBUT: 18 de desembre de 2015 - ACCEPTAT: 30 de gener de 2016

Resumen

En el presente trabajo se pone en relación la codificación del derecho civil español, que concluyó con la promulgación del Código en 1888-1889, con el derecho civil de Cataluña, que logró su conservación después del Decreto de Nueva Planta de 1716. Se estudia, superado el momento crítico del siglo de la Ilustración, la posición de Cataluña y de su derecho civil ante los intentos codificadores que se suceden durante el siglo XIX, incidiendo de modo particular en la reacción de Cataluña ante el Proyecto de 1851 y en la posterior participación de Duran i Bas en el tramo final del proceso codificador, que culminó con una solución de compromiso con la legislación de los territorios con derecho propio que permitió la promulgación del Código.

Palabras clave: Decreto de Nueva Planta, codificación civil, derecho foral, Duran i Bas, Proyecto de 1851, Código civil de 1888-1889.

NOTES SOBRE EL DRET CIVIL DE CATALUNYA DAVANT DEL PROCÉS CODIFICADOR ESPANYOL

Resum

El present treball posa en relació la codificació del dret civil espanyol, que va concloure amb la promulgació del Codi en 1888-1889, amb el dret civil de Catalunya, que aconseguí conservar-se després del Decret de Nova Planta de 1716. S'estudia, superat el moment crític del segle de la Il·lustració, la posició de Catalunya i del seu dret civil davant els intents

1. Ponencia presentada en el seminario «La Mancomunitat de Catalunya: aspectes històrics i competencials», organitzada per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics con el apoyo de la Diputació de Barcelona y la Càtedra Enric Prat de la Riba d'Estudis Jurídics Locals de la Universitat Autònoma de Barcelona, los días 15, 16 y 17 de abril de 2015.

codificadors que se succeïren durant el segle XIX i s'incideix de manera particular en la reacció de Catalunya davant el Projecte de 1851 i en la posterior participació de Duran i Bas en el tram final del procés codificador, que va culminar amb una solució de compromís amb la legislació dels territoris amb dret propi que va permetre la promulgació del Codi.

Paraules clau: Decret de Nova Planta, codificació civil, dret foral, Duran i Bas, Projecte de 1851, Codi civil de 1888-1889.

OBSERVATIONS ON CIVIL LAW IN CATALONIA IN THE FACE OF THE SPANISH CODIFICATION PROCESS

Abstract

This paper studies the relationship between the codification process of Spanish civil law, which ended with the enactment of the Code in 1888-1889, and civil law in Catalonia, which succeeded in being preserved following the Decree of Nueva Planta of 1716. Having overcome the critical period of the Age of the Enlightenment, the paper analyses the position of Catalonia and its civil law in the face of the codification attempts occurring during the 19th century, focussing especially on Catalonia's reaction to the 1851 draft and the subsequent involvement of Duran i Bas in the final stage of the codification process. It culminated in a solution for a commitment to the legislation of those territories with independent laws, which allowed the Code to ultimately be enacted.

Keywords: Decree of Nueva Planta, civil codification process, regional charters, Duran i Bas, 1851 draft, Civil Code of 1888-1889.

NOTES SUR LE DROIT CIVIL DE LA CATALOGNE DANS LE CADRE DU PROCESSUS CODIFICATEUR ESPAGNOL

Résumé

Cet article met en relation la codification du droit civil espagnol, qui conclut avec la promulgation du code en 1888-1889, avec le droit civil de la Catalogne, qui parvint à être maintenu après le décret de Nueva Planta de 1716. Après le moment critique du siècle de l'Illustration, nous analysons la position de la Catalogne et de son droit civil dans le cadre des tentatives de codification qui se produisirent au cours du XIX^e siècle, en mettant l'accent sur la réaction de la Catalogne face au projet de 1851 et sur la participation ultérieure de Duran i Bas lors de la dernière phase du processus de codage, qui avait abouti à un compromis avec la législation des territoires ayant leur propre droit, ce qui permit la promulgation du code.

Mots-clés : décret de Nueva Planta, codification civile, droit régional, Duran i Bas, projet de 1851, code civil de 1888-1889.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN²

Para explicar las características y los condicionantes de la codificación española en relación con el derecho civil de Cataluña hay que tener muy en cuenta algunas circunstancias previas, como la propia configuración histórica de la monarquía española de los siglos modernos, una monarquía compuesta, en palabras de Elliot,³ en la que los territorios integrados conservaban su derecho y sus instituciones en virtud de un pactismo medieval que fue sabiamente renovado por los Reyes Católicos al dar forma a esa monarquía católica (1479) que encarnaron dos reyes, uno aragonés (Fernando) y la otra castellana (Isabel), que, más allá de los intereses propios de sus coronas, creyeron en un interés común nacido de la unión de territorios diversos. En este caso, la diversidad era el mejor patrimonio; por ello, esa diversidad institucional fue reconocida en aras del interés común.

El reconocimiento de esa diversidad a través de una estructura administrativa y jurisdiccional perfectamente urdida en torno al *sistema polisinodial* capaz de extenderse por los territorios de la monarquía, hizo posible la existencia de esa comunidad política en la que estaban integrados distintos reinos que lograron conservar su derecho y sus instituciones como algo propio de esa entidad política común.⁴

En este contexto de pactismo y de reconocimiento de la diversidad, que supuso el triunfo del pactismo frente a una concepción absolutista del poder, Cataluña pudo mantener intacto su derecho civil y sus instituciones de gobierno pese a los sucesos de 1640,⁵ en el reinado de Felipe IV, como reacción frente a los inten-

2. Una versión más amplia de este texto se publicó en homenaje al profesor José Sarrión Gualda en *Glossae*, núm. 12 (2015), p. 112-149.

3. J. H. ELLIOT, *España, Europa y el mundo de ultramar (1580-1800)*, Madrid, Taurus Historia, 2010 (ed. orig.: *Spain, Europe and the Wider World. 1500-1800*, New Haven y London, Yale University Press, 2009).

4. Compartimos las ideas y conclusiones de J. ARRIETA ALBERDI, «Entre monarquía compuesta y estado de las autonomías. Rasgos básicos de la experiencia histórica española en la formación de una estructura política plural», *Ius Fugit*, núm. 16 (2009-2010), p. 9-72, esp. p. 18-28 en lo que se refiere a la monarquía compuesta de los Austria y los decretos de Nueva Planta.

5. El retorno de Cataluña a la soberanía de Felipe IV tras declarar la independencia y la constitución de la República Catalana el 16 de enero de 1641 se hizo sin aparente disminución de su estructura institucional y sin mengua de sus *constitucions*. Ahora bien, el poder real se vio fortalecido en dos instituciones centrales de su autogobierno: el Consejo de Ciento de Barcelona y la Diputación de Cataluña, que permitió al monarca un mayor control sobre la vida política de Cataluña. A raíz de estos hechos, las Cortes catalanas no vuelven a convocarse hasta los primeros años del siglo XVIII, en 1702. Cfr. A. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, vol. II, Barcelona, Gráficas Signo, 1992, p. 227 y sig.

tos uniformistas del conde duque de Olivares, según se contemplaba en la instrucción secreta que dirigió al monarca en 1624.

El derecho civil de Cataluña, recopilado en distintas colecciones bajo la rúbrica *Constitucions i altres drets de Catalunya*, evolucionó en los siglos XVI y XVII no gracias a las Cortes, que apenas se reunían, sino a través de la labor de los juristas y los jueces,⁶ que motivaban sus sentencias, frente a la tradición castellana, acudiendo al derecho común, tanto al derecho romano como al derecho canónico como derecho supletorio, según quedaba fijado en una constitución de 1599.⁷ Así su derecho se mantuvo vivo, huyendo del riesgo de fosilización.

2. LA INCIDENCIA DE LOS DECRETOS UNIFORMADORES DE FELIPE V EN LA MONARQUÍA PLURAL TRAS LA GUERRA DE SUCESIÓN

Poco después del refrendo de Felipe V a la última recopilación catalana de 1704, la situación política de los reinos de la Corona de Aragón respecto de la monarquía cambió sensiblemente. La causa del cambio fue una guerra dinástica, la conocida como Guerra de Sucesión, que enfrentó a los españoles en una guerra civil. La entronización de un Borbón en la Corona de España, tras la muerte del último Austria, Carlos II, ponía en peligro el difícil equilibrio de las potencias europeas, por lo que el conflicto atravesó las fronteras nacionales y se convirtió, además, en un conflicto internacional.

En este conflicto, en el ámbito interno de la monarquía estaban en juego dos concepciones políticas enfrentadas: de un lado, el modelo borbónico, centralista y uniformista, que defendía el instituido como heredero al trono en el testamento de Carlos II, Felipe de Borbón, duque de Anjou, nieto del Rey Sol (Luis XIV), nacido y educado en la corte de Versalles; y de otro, el modelo austriaco, que reconocía la diversidad de los distintos reinos de la monarquía y que defendía el aspirante al trono, el archiduque Carlos de Austria, apoyado por los cuatro reinos de la Corona de Aragón.

Como consecuencia de esta guerra, de la que resultó victorioso Felipe de Borbón, el Decreto de Nueva Planta de 1716,⁸ a manera de represalia política,

6. Véase al efecto V. FERRO POMÁ, «Los juristas catalanes de los siglos XVI y XVII», en J. ALVARADO (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 153-166.

7. J. M. PÉREZ COLLADOS, «La tradición jurídica catalana», *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), núm. 74 (2004), p. 144.

8. *Novísima recopilación*, lib. V, tít. IX, ley 1, Establecimiento y Nueva Planta de la Real Audiencia de Cataluña.

dejaba a Cataluña sin instituciones de gobierno, sin cortes, y con una planta judicial a modelo de la planta castellana.⁹ Pero Cataluña pudo mantener indemne su derecho civil, ahora de nuevo establecido por voluntad del soberano absoluto, que se desligaba así del pactismo político que hasta entonces había caracterizado la relación entre los reinos de la Corona de Aragón y la monarquía. Por lo tanto, su derecho civil y el orden de prelación fijado en 1599 mantendrían su plena vigencia, ya que el decreto de 1716 no alteraba el sistema de fuentes de Cataluña, por lo que quedaban como supletorios el derecho canónico y el derecho romano, junto con la doctrina de los juristas.

Pero al quedar Cataluña sin cortes, desapareció la institución con capacidad de crear un nuevo derecho. Ahora bien, en Cataluña la renovación de su derecho se venía produciendo, al menos desde 1640, o incluso desde antes (1599), no tanto gracias a la labor legislativa de sus cortes, sino gracias a la labor de los juristas versados en el derecho común y a los jueces, esto es, gracias a los avances de la doctrina y a la labor de la jurisprudencia.¹⁰

En esa situación, la doctrina jurídica puso la mirada en su derecho supletorio. Y para ello contó con un aliado de excepción, aunque no deje de resultar un tanto contradictorio, atendiendo a los planes centralistas que Felipe V y su ministro Macanaz albergaban al crear la Universidad de Cervera, única en el Principado tras clausurar las demás universidades catalanas. En esta nueva universidad, el plan de estudios se articularía en torno a la enseñanza del derecho romano, a diferencia de lo que ocurría en las demás universidades españolas, en las que el derecho llamado patrio o de Castilla, identificado con el derecho real, se impondría paulatinamente sobre el viejo derecho romano.¹¹ Desde Cataluña se entendía, efectivamente, que defendiendo el derecho romano se defendía en esencia el derecho catalán frente a la intromisión del derecho castellano.¹²

9. Para todo ello, véase J. SARRIÓN GUALDA, «El Decreto de Nueva Planta de Cataluña: efectos y consecuencias», en J. A. ESCUDERO LÓPEZ (ed.), *Génesis territorial de España*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, p. 205-251. Con relación a cómo quedó la gobernación del Principado es imprescindible S. SOLÉ I COT, *El Gobierno del Principado de Cataluña por el capitán general y la Real Audiencia —el Real Acuerdo— bajo el régimen de Nueva Planta (1716-1808)*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2008.

10. Así lo ha escrito J. M. PÉREZ COLLADOS, «La tradición jurídica catalana», p. 143. Véase también J. M. PÉREZ COLLADOS, «La vertebración de Cataluña en la monarquía española a raíz de los decretos de Nueva Planta», en J. A. ESCUDERO LÓPEZ (ed.), *Génesis territorial de España*, p. 266.

11. Véase J. PRATS CUEVAS, *La Universitat de Cervera i el reformisme borbònic*, Lleida, Pagès, 1993; J. PRATS CUEVAS y J. L. LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, «La experiencia cerverina y las fluctuaciones reformistas en las facultades jurídicas de la Universidad de Cervera», *Ius Fugit*, núm. 13-14 (2004-2006), p. 61-75.

12. J. M. PÉREZ COLLADOS, «La tradición jurídica catalana», p. 150.

Y en esta universidad nació una escuela de juristas, la Escuela de Cervera,¹³ cuyos miembros se formaron en la tradición propia del derecho civil catalán y en el derecho romano. A su cabeza se situó el romanista Josep Finestres de Monsalvo,¹⁴ que, en opinión de Figueras Pàmies, pudo mantener la llama de los estudios del derecho catalán, junto a juristas como Ramón Lázaro Dou, entre otros.¹⁵ Unos y otros se sirvieron de los principios cultos del derecho romano para dar forma a la evolución del derecho civil catalán sin necesidad de recurrir al derecho castellano. Los planteamientos de esta escuela, con el interés centrado en el estudio del derecho privado, fueron recibidos tiempo después por los integrantes de la llamada Escuela Jurídica de Cataluña, que, con Duran i Bas a la cabeza, alcanzó su máximo esplendor en el tramo final del proceso codificador, en el último tercio del siglo XIX.¹⁶

Hubo, pues, plena normalidad en la aplicación del derecho civil en Cataluña después del Decreto de 1716, gracias a la labor de la doctrina y gracias a las sentencias o *decisiones* de la Real Audiencia de Barcelona, que juzgaba los asuntos civiles conforme a las «leyes de la tierra» y se convertía así en el auténtico intérprete del derecho civil catalán.¹⁷ Pero más allá de la pretendida unificación institucional, el decreto de 1716 vino a avivar un sentimiento de «desconfianza y de frustración» de los catalanes hacia la monarquía que marcó indefectiblemente las futuras relaciones entre ambos, no tanto y no solo en el siglo ilustrado, sino también en el siguiente.¹⁸

13. J. M. PÉREZ COLLADOS, «La vertebración de Cataluña», p. 269. Según este autor, el derecho civil que se recoge en la Compilación de 1960 se origina en la escuela de Cervera: frente a esta opinión hay una tradición historiográfica, en torno a la *Renaixença*, que ha generalizado la idea que a través de esta universidad Felipe V impuso su concepción centralizadora. Cfr. J. M. PÉREZ COLLADOS, «La tradición jurídica catalana», p. 146, n. 18.

14. Romanista, prestaba atención al derecho catalán desde el humanismo jurídico y desde la tradición. El derecho catalán, desde el rechazo al derecho natural (disciplina que no se impartía en Cervera), sería una reelaboración de los estudios de derecho romano desde la perspectiva del humanismo jurídico. Cfr. J. M. PÉREZ COLLADOS, «La tradición jurídica catalana», p. 148.

15. Finestres supo mantener en Cervera «la llama de los estudios del derecho catalán». La forma cómo en esa universidad se planteó la evolución de los estudios jurídicos creó en Cataluña «una mentalidad propicia a la futura aceptación de la escuela histórica de Savigny». Cfr. M. FIGUERAS PÀMIES, *La escuela jurídica catalana frente a la codificación española. Durán y Bas: su pensamiento jurídico-político*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 66.

16. M. FIGUERAS PÀMIES, *La escuela jurídica catalana*, p. 66.

17. «Se limita por lo tanto el arbitrio judicial, al no permitirse que los jueces puedan constituir la equidad ruda, ya que ésta debe estar fijada conforme a las reglas del derecho común y a las aportadas por los doctores en materia de equidad [...]; en definitiva, se vuelve a subrayar que la jurisprudencia de la Real Audiencia se ha convertido en el auténtico intérprete del ordenamiento jurídico catalán [...]». Cfr. A. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho*, p. 359.

18. J. M. PÉREZ COLLADOS, «La vertebración de Cataluña», p. 254.

3. LOS PRIMEROS PROYECTOS UNIFICADORES DEL DERECHO CIVIL Y LA REACCIÓN (TÍMIDA) DE LOS DEFENSORES DEL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

Cataluña llega al estado liberal manteniendo su derecho civil bajo las condiciones de pervivencia que quedaron fijadas en 1716 y pese a los intentos de Napoleón de imponer su *Code civil* y los demás códigos en 1809, tras la toma de buena parte del Principado por los ejércitos franceses en el contexto de la Guerra de la Independencia y durante el reinado del rey intruso José de Bonaparte.¹⁹

Con la llamada revolución liberal, que se iniciaba con la reacción ante la invasión napoleónica, España entraba en un escenario nuevo. El nuevo estado constitucional, fundado al margen de la tradición histórica de la monarquía plural, se sustenta sobre los principios de unidad e igualdad de todos los territorios y de todos los ciudadanos; una unidad que se extenderá también al ámbito del derecho. Así, la Constitución de 1812 declara en su artículo 258 la unidad de códigos, pero incorpora a esa declaración una coletilla adicional que pudo entenderse como un gesto tanto hacia los territorios de ultramar como hacia los territorios peninsulares que disponían de derecho civil propio:

El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.

En suma, esa coletilla, o apostilla, introducía una vía, o un cauce constitucional, al reconocimiento de la diversidad: unidad de códigos sí, pero respetando la diversidad de aquellos territorios con derecho civil propio. Una vía que de inmediato los diputados catalanes de aquellas Cortes aprovecharon en defensa legítima de su derecho civil.²⁰ Esta misma expresión se repetiría después en la Constitución de 1869 (art. 91.3) y en la de 1876 (art. 75), obra personal de Cánovas del Castillo y de Alonso Martínez, ideólogo y principal artífice, este último, del Código civil español (CC) que se aprobó bajo la vigencia de esa Constitución, en 1888-1889, y que abría así el cauce constitucional a las excepciones que tendrían expresión a través de los apéndices forales. Este jurista ya atisbaba en los inicios del período de la Restauración cuál sería el principal escollo para la aprobación de un código

19. Da cuenta de ello C. PETIT, «España y el *Code Napoleon*», *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXI, núm. 4 (octubre 2008), p. 1801 y sig.

20. J. FERNÁNDEZ VILADRICH, «Uniformismo jurídico y reacción en Cataluña», en J. A. ESCUDERO (ed.), *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*, vol. III, Madrid, Espasa Calpe, 2011, p. 176-190.

unitario para toda la nación, y dejaba abierta así una vía de escape para el mantenimiento del derecho propio de los territorios no castellanos.

¿Cuál fue, en esas Cortes Constituyentes, el papel de Cataluña, representada por sus diputados, ante la unidad de códigos proyectada?

La actitud de los diputados se ajustó a unas *instrucciones* que la Junta Superior del Principado remitió a sus diputados el 13 de agosto de 1810 y que recuerdan el mandato imperativo que recibían los procuradores en las cortes del Antiguo Régimen. En estas instrucciones, firmadas por su secretario interino, a la sazón Felipe Aner y Esteve,²¹ «se reconocía expresamente la conveniencia de unificar el derecho de las diferentes provincias de la monarquía, aunque se aconsejaba que, en caso de que esto no fuera posible, Cataluña debía no sólo mantener el régimen jurídico del que actualmente gozaba, sino también recuperar los privilegios que tuvo durante el reinado de los Austrias».²²

Siguiendo el mandato contenido en esta instrucción, la postura de los representantes catalanes en esos momentos iniciales del constitucionalismo estuvo a caballo entre la conveniencia de redactar unas leyes únicas para toda la monarquía y todos sus territorios, y, si esto no fuera posible, de modo alternativo, los diputados catalanes deberían abogar por el mantenimiento de sus instituciones tradicionales. Así se planteaba la alternativa entre la nueva razón del incipiente liberalismo y la del conservadurismo tradicionalista.

Los diputados actuaron condicionados por la citada instrucción y, además y no menos decisivo, por su propia ideología (liberal, reformista o absolutista), pero en conjunto puede afirmarse que la postura de todos ellos fue eminentemente pragmática, huyendo de «enfrentamientos ideológicos que produzcan abismos de imposible superación entre los españoles».²³

Entre los diputados más significados en aquellas Cortes, a la vez los más activos y probablemente los de más amplia formación, destacan Lázaro Dou y Anto-

21. Felipe Aner y Esteve, de condición liberal, fue después diputado en las Cortes de Cádiz por el Principado de Cataluña. Cfr. R. PIÑA HOMS, «Los diputados catalanes y mallorquines», en J. A. ESCUDERO (ed.), *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*, vol. I, Madrid, Espasa Calpe, 2011, p. 320.

22. Cfr. R. D. GARCÍA PÉREZ, «Derechos forales y codificación civil en España (1808-1880)», *AHDE*, núm. 77 (2012), p. 155 y sig. El texto completo de la instrucción está reproducido en F. RAHOLA Y TRÉMOLS, *Los diputados por Cataluña en las Cortes de Cádiz*, memoria leída en la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona el 25 de diciembre de 1911, apéndice 1º, Barcelona, Academia de Buenas Letras de Barcelona, 1912, p. 51-53, esp. p. 26 y sig.

23. De todo ello da cuenta, en una interesante aportación, R. PIÑA HOMS, «Los diputados catalanes y mallorquines», p. 308-333, esp. p. 322. También, desde otra perspectiva, Q. CASALS BERGÉS, «Los diputados catalanes en las Cortes de Cádiz (1810-1813): proceso electoral y prosopografía», *Manuscripts. Revista d'Història Moderna*, núm. 31 (2013), p. 205-237.

nio Campmany. El primero adoptó posturas reformistas y Campmany, de profesión militar e historiador, posturas cercanas a un liberalismo moderado. Los dos adoptaron una misma postura hacia la codificación que iba a emprenderse: no se mostraron contrarios a la misma siempre que se respetasen, en lo posible, los particularismos de los territorios con derecho propio. Otro representante catalán, Felipe Aner y Esteve, se inclinó hacia posturas liberales y reformistas. Jaime Creus, canónigo de la Seu d'Urgell, fue un conservador reaccionario, contrario a las reformas. De sólida preparación, fue «una figura sobresaliente del arco parlamentario gaditano» y ocupó la presidencia de las Cortes durante el período reglamentario de un mes, en el verano de 1811. José Espiga y Gadea, arcedian de Benasque, de «clara adscripción liberal» y admirador de Agustín Argüelles, formó parte de la comisión redactora de la Constitución doceañista y participó con este ilustre diputado asturiano en la redacción del discurso preliminar a la Constitución.²⁴ Fue precisamente este diputado, nacido fuera de Cataluña (al parecer era natural de Palenzuela, en la provincia de Palencia) pero naturalizado en el Principado, el que reclamó la reforma de la legislación del reino, convirtiéndose así, de alguna forma, en precursor de la tarea codificadora y ganándose así la antipatía de los diputados catalanes defensores de la diversidad, como Dou y Campmany.

En la segunda etapa de vigencia de la Constitución se constituyó la comisión de codificación que habría de emprender la tarea de redactar el correspondiente código civil.²⁵ Esta comisión solo pudo presentar un proyecto de los dos primeros libros del Código civil, en 1821, que no dio opción ni siquiera a su discusión en las Cortes. En este proyecto incompleto, a caballo entre la técnica compiladora y la codificadora, se impuso el criterio uniformista sobre la base del derecho castellano y con influencia notable del derecho contenido en el *Code*.

Hubo después otros proyectos e intentos, incluso privados, de realizar la codificación civil, y siempre en esta primera mitad del siglo XIX, sobre la base del derecho de Castilla y con notable influencia del derecho francés. El caso más paradigmático es el proyecto completo de Código civil redactado en 1836 por una comisión integrada por Ayuso, Tapia y Vizmanos, en el que no tuvo participación ningún representante de Cataluña. Este proyecto no se convirtió en ley exclusivamente por haberse redactado en un momento de inoportunidad política (guerras

24. R. PIÑA HOMS, «Los diputados catalanes y mallorquines», p. 319 y 320.

25. Estaba compuesta por diputados de aquellas Cortes, entre los que se encontraban representantes del foro, de la universidad o de la magistratura, como Nicolás M. Garely como presidente y, como vocales, Antonio Cano Manuel, Pedro de Silves, Martín de Hinojosa, Antonio de la Cuesta y Torre, Juan N. Fernández San Miguel y Felipe Navarro, nombrados en la sesión del 22 de agosto de 1820. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 610.

carlistas, cambio de gobiernos, inestabilidad política, en definitiva), y no por falta de calidad técnica o por la reacción, entonces todavía inexistente, de los territorios con derecho propio.²⁶

A modo de conclusión respecto de este período de la codificación, que cubre las primeras décadas del siglo y que alcanza hasta el año 1843, con la creación de la Comisión General de Codificación la lucha en torno a la codificación era más política que jurídica: se planteaba como una lucha de ideologías, entre los seguidores del nuevo régimen liberal y los del viejo régimen absoluto. Todavía la llamada cuestión foral no había aflorado, al menos con los perfiles que alcanzó según avanzaba la segunda mitad del siglo, a causa, en buena medida, de las soluciones arbitradas por el Proyecto de 1851.

4. EL PROCESO CODIFICADOR A PARTIR DE LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: LA POSTURA DE CATALUÑA ANTE EL PROYECTO DE 1851

El sentimiento catalán ante la codificación afloró a poco de constituirse la Comisión General de Codificación el 19 de agosto de 1843. Apenas un mes después, el 20 de septiembre, un ilustre jurista catalán, catedrático y rector de la Universidad de Barcelona y vocal de la citada Comisión, Domingo Vila Feliu, tuvo ocasión de pronunciar un importante discurso en el que quedaba registrada de manera oficial la postura de Cataluña y la de este vocal catalán ante la codificación que se proyectaba. Su postura, en síntesis, era respetuosa con la unidad, por las ventajas que comportaba, pero contraria a la uniformidad que podría llevar a la supresión del particularismo jurídico de Cataluña.²⁷ Se da la circunstancia que Vila, que había sido diputado en las Cortes Constituyentes que redactaron la Constitución de 1837, votó a favor de su artículo 4, que establecía la unidad, sin concesión alguna a la legislación de los territorios con derecho propio.²⁸

No tenemos información acerca de cómo fue recibido su discurso, pero lo cierto es que en la reestructuración de la Comisión, en 1846, ya no figura este ju-

26. Puede verse, al efecto, nuestro trabajo *La codificación del derecho civil en España*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993, p. 67-87.

27. Lleva por título *Explanación del cuadro sinóptico del Código civil presentado a la sección por D. D. M. V.*, Ministerio de Justicia, Archivo de la Comisión General de Codificación, leg. 7 de «Código civil», carpeta 1a, doc. 5.

28. De este cambio de postura de Vila da cuenta J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española: Codificación civil*, vol. I, Madrid, Comisión General de Codificación, 1970, p. 299.

rista catalán como vocal, ni ningún otro procedente de Cataluña.²⁹ Aun así, no dejó de enviar sus ideas y sugerencias a la Comisión, e incluso en 1853 presentó unas extensas observaciones sobre una parte del articulado del Proyecto de código civil de 1851 y en defensa de la enfiteusis en Cataluña.³⁰

¿Qué había ocurrido entre 1837 y 1843 para que este ilustre representante catalán cambiara su discurso y abogara por la defensa del derecho propio de Cataluña? En el cambio de la postura de Vila pudieron tener influencia el nuevo ambiente cultural en el que se desenvolvía la sociedad en Cataluña y la fundación de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña en 1840, gracias a la iniciativa del Colegio de Abogados de Barcelona.³¹ En ese ambiente de incipiente catalanismo, la traducción en Barcelona en 1840 de la obra de Lerminier, discípulo de Savigny, *Introduction générale a l'histoire du droit*³² y las conferencias de Pedro-José Pidal en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid (curso 1841-1842 y discurso de apertura de 1843)³³ pudieron influir en la difusión por todo el país, de una manera todavía tímida, de las ideas del historicismo.

A espaldas de ese ambiente se redactaría años después el Proyecto de 1851, que posteriormente concitaría el recelo de importantes instituciones y de territorios que, como Cataluña, defenderían el derecho propio frente al uniformismo proyectado por García Goyena. A partir, por tanto, de este proyecto se constata ya una oposición seria y organizada desde los distintos sectores culturales, económicos y políticos de Cataluña.

29. Su idea de lo que debe ser la codificación, incompatible con la idea de unidad que albergaba la Comisión, le pudo valer el puesto de vocal a este jurista catalán en la reestructuración de la Comisión General de Codificación llevada a cabo por el Decreto de 11 de septiembre de 1846, tras los cambios habidos en el Gobierno hacia posturas más moderadas. *Colección Legislativa de España*, vol. XXXVIII, Madrid, 1849, p. 337-338.

30. Informe depositado en el Archivo de la Comisión General de Codificación, leg. 14 de «Código civil», carpeta 3a. Junto a la primera firma de Vila aparece una larga lista de enfiteutas.

31. L. PAGAROLAS I SABATÉ, *Història de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2002.

32. Obra que en 1842 fue declarada útil para la enseñanza pública, «en la parte relativa al derecho romano y al derecho civil en general», por la Dirección General de Estudios. Cfr. M. MARTÍNEZ NEIRA y A. MORA CAÑADA, «La historia del derecho de Lerminier», en *Derecho, historia y universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, vol. II, Valencia, Universitat de València, 2007, p. 151-159.

33. E. VÁZQUEZ SÁNCHEZ, *Un historiador del derecho, Pedro J. Pidal*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1998. Las conferencias de este autor, el marqués de Pidal, no se publicaron hasta 1880 bajo el título *Lecciones sobre la historia del gobierno y legislación de España (Desde los tiempos primitivos hasta la Reconquista)*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1880. Sobre su actuación pública, es interesante Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, «Pedro José Pidal: política, historia y derecho (1937-1865)», *AHDE*, núm. 83 (2013), p. 665-733.

El Proyecto, redactado por la Comisión de Codificación sin presencia de representantes catalanes, es algo evidente, fue mal acogido en Cataluña, en tanto alteraba o suprimía las instituciones más sensibles del derecho civil de Cataluña.³⁴ Pero también hubo corporaciones que emitieron informes laudatorios, como el del Instituto Agrícola de Barcelona, que alababa el sistema hereditario previsto en el Proyecto.

Pero entiéndase bien: hubo una amplia reacción de Cataluña, y especialmente desde los sectores económicos, frente al Proyecto. Se objetaba, y con sólidos fundamentos, el Proyecto en sí, y más en concreto alguna de sus soluciones, pero no hubo una clara oposición a la conveniencia de la codificación, puesto que desde amplios sectores de Cataluña se veía el proceso codificador como una vía para ordenar y renovar el derecho civil catalán, pero sin que ello supusiese la invasión del derecho castellano a costa de las instituciones propias de derecho de familia, sucesiones..., tan arraigadas en la sociedad catalana, como hacía el Proyecto de 1851.³⁵

Aun así, el resultado, como es sabido, fue bien diferente en relación con las instituciones más sensibles del derecho civil de Cataluña. Y pese a los intentos de transacción, puntuales, que puso en práctica García Goyena, presidente de la sección,³⁶ finalmente se impusieron, tras la correspondiente votación, las soluciones ajustadas al derecho de Castilla, aplicando el nivel sobre las demás legislaciones. En definitiva, el Proyecto impuso la uniformidad desde la perspectiva de la legislación castellana, y, en defecto de esta, se acudió a la búsqueda de soluciones, al *Code* napoleónico o a otros códigos de su misma familia.

34. A esta conclusión se llega a la vista de cuanta documentación se conserva en el Archivo de la Comisión General de Codificación. Incide en la misma opinión Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, «Escoles jurídiques catalanes i codificació», a *Centenario del Código civil*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1989, p. 76.

35. Como acertadamente apunta M. REPARAZ PADRÓS, «La crítica contemporánea al Proyecto de Código civil de 1851», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 50, fasc. 3 (1997), p. 1177, citando a P. Salvador Coderch (*La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 13) a propósito de la reacción catalana global: «[...] existió en Cataluña durante los años previos e inmediatamente posteriores al Proyecto de código civil de 1851 un sector importante que defendió, antes como representantes o impulsores del nuevo régimen que como catalanes, la reforma legislativa codificadora y unificadora; un grupo que no era antiforalista, sino simplemente liberal, ansioso de reformas, incluso si éstas sacrificaban instituciones tradicionales forales (de igual forma que desde los territorios regidos por el derecho castellano se aspiraba a su reforma)».

36. Los intentos de transacción fueron puntualmente registrados por este ilustre jurista navarro en una obra dada a la imprenta inmediatamente después de la publicación del proyecto. Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, 1852, 4 v. (reimpr.: Barcelona, Base, 1973, y Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1974, con nota previa de Lacruz Berdejo).

De alguna forma, el Proyecto fue visto desde Cataluña como una «agresión inútil» al derecho catalán,³⁷ o como «un atentado contra el sentido tradicional de la familia»,³⁸ más grave todavía cuando el proyecto en sí no era tan siquiera reformista, sino más bien tradicionalista, gestado en torno al derecho tradicional castellano, pues, no en vano, desde los sectores más liberales de Cataluña se hubiese aceptado la supresión de algunas de sus instituciones tradicionales propias en aras de la reforma del conjunto normativo civil del estado liberal.

El Proyecto de 1851 no obtuvo sanción oficial y, por lo tanto, no logró, como se esperaba entre sus redactores, cerrar el ciclo de la codificación del derecho civil. La reacción de la Iglesia, la vacilante situación política y, cómo no, la cuestión llamada foral, que reaccionó ante el intento uniformista, pudieron ser las razones de su no conversión en ley. En esta situación y frente a la pretensión del Gobierno, que lo sometió a discusión pública³⁹ en la creencia de que así se facilitaba la armonización entre las distintas legislaciones, el Proyecto fue el acicate para distanciar aún más a las distintas legislaciones y para avivar sentimientos opuestos a la tarea codificadora.

A partir de este momento la llamada cuestión foral está presente en todo el proceso codificador, ahora con argumentos más sólidos y desde una posición reforzada, pues mejora la doctrina jurídica que estudia y da a conocer el derecho propio de Cataluña, sus costumbres y tradiciones en defensa de su propia identidad, en el ambiente propicio de la *Renaixença*, lo que, con la oportunidad de las ideas historicistas, facilita la aparición de una doctrina jurídica catalana que no tiene más que defender la tradicionalidad de su derecho civil para justificar la necesidad de respetar su existencia. Y, simultáneamente, el Tribunal Supremo contribuye a la tarea dictando sentencias que refuerzan la vigencia de determinadas instituciones propias del derecho catalán y de su sistema de fuentes.⁴⁰

37. Así lo califica P. SALVADOR Y CODERCH, «El Proyecto de código de derecho civil de 1851 y el derecho civil catalán», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 79, núm. 1 (1980), p. 54.

38. J. M. PÉREZ COLLADOS, «El derecho catalán de sucesiones en vísperas de la codificación», *AHDE*, núm. 75 (2005), p. 336.

39. Real orden de 12 de junio de 1851, *Colección legislativa de España*, tomo LIII, Madrid, Imprenta Real, 1851, p. 265-267.

40. El Tribunal Supremo venía avalando con sus sentencias la aplicación del derecho propio de Cataluña y, como supletorio, los ordenamientos canónico y romano, reforzando de este modo el valor de un derecho revitalizado desde 1851 gracias a la labor de la doctrina de los juristas como alternativa al proyecto codificado. Valga como ejemplo una sentencia de 25 de mayo de 1845 que avaló la aplicación del derecho romano canónico como derecho supletorio frente al derecho castellano, situación que no se modificó ni siquiera después de promulgado el Código civil. Cfr. E. ROCA TRÍAS, «El Código civil como supletorio de los derechos nacionales españoles», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 31,

En ese escenario, la escuela histórica del derecho de Savigny aportó sus argumentos en defensa del derecho consuetudinario, unos argumentos que fueron oportunamente aprovechados en Cataluña a través de la escuela jurídica catalana, a cuyo frente figura su más eximio representante, Manuel Duran i Bas. La labor de la escuela jurídica catalana, como ha escrito Pérez Collados citando a Juan de Dios Trías, «se presenta como una alternativa al individualismo racionalista que representan los proyectos codificadores, mediante un derecho tradicional basado en la familia y en la propiedad, que se convierte en el engranaje de la sociedad».⁴¹

En este escenario de debate doctrinal y de dificultades planteadas en la tarea codificadora, los distintos gobiernos liberales entendieron que la única forma de avanzar en la tarea codificadora sería cambiando el rumbo seguido hasta entonces y decidieron realizar la codificación por partes, a través de leyes especiales sobre aquellas cuestiones de ámbito civil más necesitadas de regulación: el régimen jurídico de la propiedad, el matrimonio y el registro civil, y el notariado, cuestiones sobre las cuales y en términos generales no se alzó la voz de los territorios con derecho propio. Y ello pese a la importancia de la primera de las leyes dictadas, la Ley hipotecaria de 1861, que introdujo cambios sustanciales en el régimen jurídico de la propiedad que afectaron por igual a todos los territorios del Estado, dotados o no de derecho civil propio.

En la redacción de la Ley y en su defensa en las Cortes cuando se tramitó su aprobación parlamentaria intervino Francisco Permanyer i Tuyet (1817-1864), un catedrático, intelectual y jurista catalán de formación ecléctica, pero inclinado hacia los principios del historicismo.⁴² Permanyer era «amigo y correligionario» de Duran i Bas y tenía una estrecha amistad con Reynals i Rabassa.⁴³ Su mera pre-

fasc. 2 (1978), p. 227-286, esp. p. 251, n. 65. A su vez, J. M. PÉREZ COLLADOS, «El derecho catalán de sucesiones», p. 352, da cuenta de sentencias del Tribunal Supremo que confirman la vigencia del derecho sucesorio de Cataluña. Más ampliamente, véase L. PUIG FERRIOL, *El derecho civil catalán en la jurisprudencia*, tomos II, III y V, Barcelona, Cátedra Duran i Bas, 1970.

41. J. M. PÉREZ COLLADOS, «La vertebración de Cataluña», p. 280-281.

42. Pérez Collados señala su condición de discípulo de Martí de Eixalá, seguidor de la metodología de Pothier y de los principios de la escuela escocesa, a través de Thomas Reid. Refiere también la amplitud y el sincretismo de su obra. J. M. PÉREZ COLLADOS, «La tradición jurídica catalana», p. 162.

43. Lasso recoge datos sobre la biografía personal y profesional de Francisco Permanyer i Tuyet (Barcelona, 1817 – Madrid, 1864): fue catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Barcelona y después de Filosofía del Derecho en la de Madrid; como diputado a las Cortes, defendió con brillantez los principios del Proyecto de ley hipotecaria que se presentaba a su aprobación. Fue decano del Colegio de Abogados de Barcelona y presidió la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. En 1863 fue ministro de Ultramar. A su muerte le sucedió en su vida profesional su hijo, Juan J. Permanyer Ayats. Véase J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, p. 302, n. 5.

sencia en la Comisión diluyó cualquier recelo procedente de los sectores jurídicos de Cataluña hacia una ley que unificaba el régimen hipotecario e introducía novedades en los derechos reales. Solo son de notar algunas resistencias, en Cataluña y en otros territorios, por las dificultades técnicas iniciales en la aplicación de la Ley, por cuestiones meramente formales planteadas por los contadores de hipotecas, que hasta entonces habían asumido la responsabilidad en lo que afectaba al régimen hipotecario.

La labor legislativa en materia civil se completó, en esos años de la etapa intermedia de la codificación, con la publicación en 1862 de la Ley del notariado y más tarde, en 1870, con las leyes de matrimonio y de registro civil. Frente a ellas no hubo una oposición significativa por parte de los sectores políticos o profesionales de Cataluña, más allá de las quejas que, como en otros territorios, pudo generar entre los católicos la regulación del matrimonio civil, que privaba de efectos jurídicos al matrimonio celebrado bajo el rito canónico. De modo particular, la Iglesia catalana adoptó una postura claramente inconformista ante la regulación del matrimonio y registro civil, con argumentos no muy diferentes de los esgrimidos por los responsables eclesiásticos del resto de España. También es de reseñar la oposición del notariado catalán ante la Ley de 1862, a cuyo frente se situó el decano del Colegio Notarial de Cataluña, Fèlix Maria Falguera i de Puiguriger, quien criticó la nueva Ley por su excesiva dependencia de la francesa y por no reflejar la práctica notarial de los territorios no castellanos.⁴⁴ No obstante, en tanto el objeto de la Ley era exclusivamente la organización de la institución notarial, sin afectar a las instituciones del derecho civil de los distintos territorios, la Ley se aplicó sin mayores inconvenientes, incluso en aquellos territorios que disponían de derechos civiles propios.

La relación de amistad y de comunidad de ideas entre Duran i Bas i Permanyer se acredita con el discurso emotivo y personal que el primero leyó con motivo de la toma de posesión del segundo como catedrático de la Universidad de Barcelona en 1863 (aporta este dato M. FIGUERAS PAMIES, *La escuela jurídica catalana*, p. 15). Tras la muerte de Permanyer en 1864, Duran pronunció un nuevo discurso elogiando su figura en la Real Academia de Bellas Letras de Barcelona el 19 de junio de 1870. El discurso lleva por título «Noticia de la vida y escritos del Excmo. Sr. D. Francisco Permanyer y Tuyet» (aporta esta información la necrológica que en memoria de Duran i Bas y firmada por Felipe Bertrán de Amat se publicó en el *Boletín de la Real Academia de las Buenas Letras de Barcelona*, año VII, núm. 25 (enero-marzo 1907), p. 1-8).

44. Puede verse al respecto J. A. MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, «Estudio de la Ley orgánica del notariado de 28 de mayo de 1862», en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1964, p. 681-690. Sobre la historia del colegio notarial, véase L. PAGAROLAS I SABATÉ y Ll. CASES I LOSCOS, *Els degans del Col·legi de Notaris de Catalunya (1862-2012)*, Barcelona, Fundació Noguera, 2012.

No hubo, pues, una postura significadamente opositora por parte de los sectores implicados de Cataluña por la aplicación de estas leyes, pese a que a través de ellas se introdujeron cambios sustanciales en el derecho civil vigente. Tampoco con su promulgación se logró despejar completamente los obstáculos que hasta el momento se presentaban y que dificultaban el camino hacia la codificación de la legislación civil, que fue la previsión inicial,⁴⁵ aunque es cierto que la Ley hipotecaria y las leyes especiales en materia de propiedad dictadas con anterioridad a 1861 habían desmarañado en buena medida el complejo entramado de la propiedad territorial. Pero los problemas con los territorios de derecho civil propio no se resolvieron con las nuevas leyes, y ni siquiera se aminoraron: quedaron plenamente subsistentes, mientras que la doctrina jurídica catalana mejoró, de cara a la etapa última del proceso codificador.

Superado el Sexenio (1868-1874), por Real decreto de 10 de mayo de 1875 se reorganizó, una vez más, la Comisión General de Codificación, siendo ministro de Gracia y Justicia Francisco de Cárdenas.⁴⁶ A causa de la poca celeridad que la Comisión dio a los trabajos del Código civil, al ocuparse de la Ley de enjuiciamiento civil y de la reforma de la Ley de casación civil, un nuevo ministerio, ahora dirigido por Saturnino Álvarez Bugallal, decidió reestructurar de nuevo la Comisión, al asumir que el proceso codificador había alcanzado ya su techo si no se tenía en cuenta la legislación de los territorios con derecho propio. Así se hizo por medio del Real decreto de 2 de febrero de 1880, que por vez primera, por vía oficial, tendía un puente de entendimiento con los territorios de derecho foral, en un momento en el que este derecho, y particularmente el de Cataluña, con su sistema de fuentes, obtenía el reconocimiento por la vía de la jurisprudencia que sentaba el más alto tribunal de justicia.

45. En las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos de 1863 se adelantaba cuál sería la finalidad de estas leyes especiales: en su base tercera se establece que el medio de realizar prontamente la codificación y que sea recibida «sin repugnancia» es que vaya precedida de leyes especiales «que la preparen el camino». De ello daba cuenta A. de PALMA Y LUJÁN, «Congreso de Jurisconsultos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), núm. 23 (1863), p. 273-308, y también, J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, p. 357.

46. El Real decreto y la exposición de motivos que la crea se publicaron en la *Gaceta de Madrid* del 15 de mayo de 1875. También en la *Colección Legislativa de España*, tomo 114, núm. 386, p. 717. La Comisión se dividió en dos secciones: Sección de Asuntos Civiles o Sección Primera; y Sección de Asuntos Criminales o Sección Segunda, cuya composición se daba a conocer por reales órdenes de 11 de mayo de 1875, publicadas en la *Gaceta de Madrid* del mismo día.

5. A LA BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN: LOS ACUERDOS CON LOS TERRITORIOS FORALES

Y así, efectivamente, tras completarse el ciclo de la codificación parcial por medio de leyes especiales, en pleno momento de expansión de las ideas del historicismo jurídico, vigente la moderada Constitución de 1876 y en los inicios del período de la Restauración, en 1880, por Decreto de 2 de febrero⁴⁷ la codificación inició un nuevo y definitivo rumbo: por un lado, llamaba a las tareas de la Comisión a un letrado de ciencia y práctica de cada uno de los territorios con derecho propio; por otro, anunciaba que la base del nuevo código que habría de redactarse sería el Proyecto de 1851, aquel proyecto tan denostado desde Cataluña por las razones que ya son conocidas.

Simultáneamente y a la vista de la publicación del Real decreto de 1880, la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, presidida por Manuel Duran i Bas, emitió un dictamen sobre el proceso codificador en relación con el derecho propio de Cataluña. El dictamen se hacía eco de un voto particular de Juan J. Permanyer, secretario de la Academia, frente al sentir mayoritario de los demás miembros, que opinaron sobre «la conveniencia de representar al gobierno contra la unificación proyectada», señalando, subsidiariamente, «las instituciones de derecho civil catalán que en el supuesto de llevarse a ejecución el proyecto deberían conservarse». En síntesis, el dictamen que finalmente se aceptó declaraba que el Proyecto de 1851 era perjudicial para los intereses de Cataluña y debía ser sustituido como punto de partida de los trabajos de la Comisión por el derecho romano, a la vez que se declaraba que el derecho catalán no debía permanecer inmutable (en clara referencia a la supresión de las Cortes en 1716) y que la costumbre en Cataluña había seguido «un movimiento progresivo» que había dado lugar, por manifestación espontánea de la conciencia del pueblo, a instituciones nuevas y al desarrollo de otras preexistentes, en clara referencia a la influencia en Cataluña de las ideas del historicismo jurídico.⁴⁸

Este dictamen influyó en la postura que adoptaría el representante de Cataluña en la comisión codificadora reestructurada. En la designación del letrado de Cataluña que actuaría como vocal correspondiente en la misma se tuvo el acierto

47. Real decreto de 2 de febrero de 1880, *Colección Legislativa de España*, vol. 124, núm. 50, p. 155 y sig.

48. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, p. 377 y sig. Del nombramiento de la Comisión, debate, conclusiones y voto particular de Permanyer que finalmente se asumió al redactar el dictamen, da cuenta Guillem M. de BROCA, *Historia del derecho de Cataluña, y especialmente del civil*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1985, p. 445 y sig.

de proponer a Duran i Bas,⁴⁹ un jurista reputado por su prestigio profesional, de carácter conciliador y moderado, y defensor del derecho de Cataluña, llamado a desempeñar un importante papel en la comisión codificadora y en la cámara legislativa en la que se debatió el Proyecto de código presentado ante las Cortes.

Este ilustre jurista catalán, defensor del historicismo de Savigny a través de la escuela jurídica catalana que él mismo fundó, redactó una importante *Memoria* que presentó ante la Comisión de Codificación, en defensa de las instituciones de derecho civil de Cataluña que habrían de conservarse con la promulgación que se esperaba del Código civil.⁵⁰ En ella y pese a las indicaciones que Alonso Martínez hizo a los vocales correspondientes de que redactasen sus memorias con arreglo al plan del Proyecto de 1851, Duran i Bas no se sometió a tal sugerencia y, haciéndose eco del dictamen de la Academia, mostraba así su disconformidad hacia un texto cuya estructura consideraba defectuosa porque utilizaba una sistemática original, adecuada a su concepto de código y a «su criterio científico», como él mismo reconoció años después en el Senado.⁵¹

49. Manuel Duran i Bas fue catedrático de Economía Política y desde 1826 de Derecho Mercantil, y catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Barcelona. Ocupó la presidencia de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, fue decano del Colegio de Abogados de Barcelona, diputado a las Cortes en distintas legislaturas y ministro de Gracia y Justicia en 1899. Fue uno de los introductores del historicismo de Savigny, a través de la escuela jurídica de Cataluña, que él mismo fundó. Su pensamiento está recogido en distintos escritos y conferencias. Todo este material se publica en *Escritos de D. Manuel Durán y Bas, primera serie. Estudios jurídicos*, Barcelona, 1888. Más en concreto, sus opiniones acerca de la codificación se encuentran en la obra editada por la Universidad de Barcelona en 1889 con el título *La codificación y sus problemas*. Es autor, además, de la *Memoria acerca de las instituciones de derecho civil de Cataluña*, Barcelona, Imprenta de la Casa de Caridad, 1883.

50. De la edición de 1883 hay una edición facsímil (*Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1995, Textos Jurídics Catalans, 15). Tal como se nos muestra, se compone de tres partes perfectamente diferenciadas: en la primera, a modo de introducción, recoge sus eruditas opiniones en torno a la codificación, en relación con la conveniencia y oportunidad de su realización en nuestro país, con frecuentes referencias a la escuela histórica, a quien erróneamente atribuye el espíritu del Real decreto de 2 de febrero de 1880. La *Memoria* propiamente dicha es el objeto de la segunda parte o parte central. Redactada a lo largo de 296 páginas, es un esquema completo y razonado de todas las instituciones jurídicas catalanas. Son abundantes las referencias doctrinales que recoge: las citas de autores catalanes (Fontanella, Moret, Reynals y Rabassa, y Falguera) se intercalan con las de autores castellanos (Gregorio López, Gómez, Matienzo y, entre los más modernos, Benito Gutiérrez y Gómez de la Serna) y extranjeros (Ahrens, Le Play, Troplong, Savigny y Bentham). Sigue a su docta y prolija memoria un cuerpo de 345 artículos con las instituciones del derecho foral que en su opinión debían conservarse. Datos obtenidos de J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil*, p. 224.

51. R. HERRERO GUTIÉRREZ y M. A. VALLEJO ÚBEDA (ed.), *El Código civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, estudio preliminar de J. L. de los Mozos, vol. II, Madrid, Dirección de Estudios y Documentación, Secretaría General del Senado, 1989, p. 862, sesión de 22 de febrero de 1889. Véase

A través de su *Memoria*, Duran manifestaba su posición sobre la codificación y el derecho de Cataluña. Defendía la unidad, pero no la uniformidad, desde la idea que la legislación castellana no es superior a la catalana: esta legislación tiene «vitalidad y valor intrínseco» que la hacen merecedora de igualdad de trato respecto a la castellana.⁵²

El contenido de las memorias de los distintos territorios fue objeto del debate por parte de la Comisión de Codificación reunida en «Junta Magna» durante los meses de octubre y noviembre de 1882, en la que se alcanzaron unos acuerdos o compromisos que facilitaron la redacción de los dos últimos libros del Código en cuestiones relacionadas con el derecho sucesorio y el derecho de familia, las cuestiones más sensibles y de interés para los letrados de estos territorios.

Sobre la base de estos acuerdos transaccionales se llegó a la definitiva Ley de bases de 11 de mayo de 1888, de Alonso Martínez, que sancionaba la diversidad de las distintas legislaciones, según los diversos territorios, y ordenaba su conservación, en su integridad, hasta la aparición de los apéndices o compilaciones.⁵³ Así se ponía fin al principal obstáculo que planteaba la redacción del Código. En el diseño de esta fórmula, que permitió salvar las legislaciones de los distintos territorios con derecho propio, tuvo una decisiva participación Duran i Bas.

6. EL CÓDIGO CIVIL, FINALMENTE APROBADO

En tales términos se aprobaba el Código civil, finalmente promulgado el 6 de octubre de 1888 y vigente desde el 1 de mayo de 1889.⁵⁴ La segunda edición, tras corregirse los errores advertidos en su paso por las Cortes respecto de la primera edición, se publicó por medio de la Real orden de 24 de julio de 1889.⁵⁵

El Código civil, es cierto, se hizo eco de la tradición jurídica castellana, al menos y de modo muy especial en materia de derecho de familia y derecho sucesorio, y en cierta manera también en materia de obligaciones y contratos.⁵⁶ No

también M. DURAN I BAS, *Memoria acerca de las instituciones*, p. 102. Manejo la edición facsímil de la colección «Textos Jurídics Catalans».

52. M. DURAN I BAS, *Memoria acerca de las instituciones*, p. 68.

53. *Gaceta de Madrid* (22 mayo 1888); igualmente se publicó en el *Diario de Sesiones del Congreso* (sesión núm. 124, apéndice 6º) y en el *Diario de Sesiones del Senado* (sesión 117, apéndice 5º).

54. *Gaceta de Madrid* (8 octubre 1888). La publicación del Código en la *Gaceta* se inició el día 9 de octubre de 1888 y finalizó el día 8 de diciembre de 1888.

55. *Gaceta de Madrid* (25 julio 1889).

56. Así lo afirmábamos en nuestro trabajo, cuyo contenido ha sido de utilidad en la redacción de la parte final de esta ponencia, «La influencia del Código civil francés (1804) en el Código civil es-

obstante, introdujo algunos cambios respecto del Proyecto de 1851 que tenía su origen en las memorias de los letrados de los territorios con derecho propio y en los acuerdos que se adoptaron en las sesiones de la Comisión de Codificación en presencia de estos como vocales correspondientes.

El mismo Duran i Bas manifestaba que, dentro de las instituciones que incluía en su *Memoria*, las había de cuatro categorías: las que merecían ser importadas al Código, las que deberían conservarse íntegramente en una futura ley especial a modo de apéndice, las que deberían conservarse con reformas y las que debían eliminarse:

A la primera pertenecen las reglas e instituciones que pueden ser de derecho común, por su bondad intrínseca y por no oponerse al elemento histórico de las demás provincias de España; a la segunda, las que sólo para Cataluña deben subsistir, sin introducir novedades en ellas; a la tercera, las que encontrándose por su vital importancia en igual caso que las anteriores, demandan sin embargo alguna reforma en su organismo; y a la última, las que por haber desaparecido su razón de ser o por sus inconvenientes prácticos, debieran ser suprimidas, aunque sólo a la legislación foral de Cataluña alcanzase la obra de la revisión.⁵⁷

Siguiendo la previsión de Duran, efectivamente, algunas de las instituciones catalanas, las menos, fueron incluidas en el Código; otras influyeron hasta el punto de lograr una tímida aproximación entre las distintas legislaciones, o al menos

pañol (1889)», en A. MASFERRER (ed.), *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, Pamplona, Aranzadi, 2014, p. 53-128. En el sentido expuesto, M. Alonso Pérez admite que nuestro Código «otorga pervivencia a institutos y categorías provenientes del Antiguo Régimen (en especial, el derecho de familia y el derecho de bienes, llenos de elementos patriarcales, feudales y campesinos)»; véase M. ALONSO PÉREZ, «Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889», en *Centenario del Código civil*, vol. 1, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990, p. 30. Han sido de utilidad en el análisis de la vinculación entre las instituciones de familia del derecho castellano y el derecho codificado, Manuel A. BERMEJO CASTRILLO, *Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las Leyes de Toro*, Madrid, Dykinson, 2010; también E. GACTO, «Sobre el modelo jurídico del grupo familiar en el siglo XIX», *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 25 (1998), volumen en homenaje al profesor D. José Martínez Gijón, p. 219-234. En materia de dote hasta vísperas del Código, véase J. GARCÍA MARTÍN, *Costumbre y fiscalidad de la dote. Las Leyes de Toro, entre derecho común, germánico y Ius Commune*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2004. En materia de contratos, véase E. ÁLVAREZ CORA, *La codificación de los contratos de compraventa y permuta*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008. Y en cuanto al derecho sucesorio, véanse F. L. PACHECO CABALLERO, «Derecho histórico y codificación: el derecho sucesorio», *AHDE*, p. 113-147, y J. M. PÉREZ COLLADOS, «El derecho catalán de sucesiones».

57. M. DURAN I BAS, *Memoria acerca de las instituciones*, p. 103 y sig.

minimizar la pérdida de las propias instituciones, y las más quedaron fuera del Código, pero dentro del sistema, al reservarse para ellas un hueco en los apéndices, que como leyes especiales debían redactarse después del Código. De este modo y por la vía de los apéndices, algunas instituciones catalanas de carácter convencional, como los heredamientos, alcanzaron carácter legal.

Veamos mediante un examen general de las distintas materias, y sin ánimo de exhaustividad, incompatible con los propósitos de este trabajo, cómo finalmente quedó perfilado el Código respecto de aquellas instituciones que centraron el debate acerca de su inclusión o no en tanto su regulación respondía a intereses diferentes según la legislación de los distintos territorios. La materia que resultó más conflictiva a lo largo de todo el proceso codificador fue la relacionada con el derecho sucesorio. En esta materia, el texto redactado entronca en sus principios generales más con la tradición del derecho romano sintetizada en las Partidas, y con la castellana del Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro, que con el *Code* y con las demás legislaciones correspondientes a los territorios con derecho propio.

Especialmente controvertida fue en todo caso la cuestión de la legítima. Esta institución suscitó un animado debate en la Comisión no solo por la determinación de su cuantía, que podría limitar «el alcance de la libertad de testar, sino también porque constituyó un punto fundamental de fricción respecto de los demás derechos civiles de tradición no castellana».⁵⁸ Finalmente, el Código acoge, a propuesta de Augusto Comas y frente a la legítima tradicional de cuatro quintas partes, un régimen de legítima de hijos y descendientes que alcanza a los dos tercios del haber hereditario, de los que un tercio podrá ser destinado como mejora a los hijos y descendientes legítimos. El tercio sobrante quedará a la libre disposición (art. 808 y 823 CC). A falta de hijos y descendientes, la legítima se aplicará a favor de los padres y ascendientes, dividiendo el caudal hereditario en dos: una parte para padres y ascendientes, y la otra de libre disposición (art. 809 CC).

Esta fórmula supuso una cierta aproximación entre las legislaciones. Supuso el rechazo de la legítima larga castellana, pero todavía fue una solución alejada de la legítima catalana, que obliga solo a la cuarta parte de los bienes del padre y asigna una amplia libertad de testar al causante.

Frente a la necesidad de instituir heredero del derecho de sucesiones de Cataluña,⁵⁹ que tiene su origen en el derecho romano (Digesto, 28, 5, 1-3) y que no tenía formulación concreta en su legislación escrita, el Código da validez al testamento sin institución de heredero (art. 764 CC) y admite la compatibilidad entre

58. F. L. PACHECO CABALLERO, «Derecho histórico y codificación», p. 130.

59. Con la excepción del derecho especial de Tortosa, que admite el testamento sin institución de heredero, según se contemplaba en la Compilación de 1960, art. 119.1.

sucesión testada y sucesión intestada (art. 658, pár. 3, CC), previsión que no es compartida tampoco por el derecho general de Cataluña, que sigue la tradición romana (Digesto, 50, 17, 7) consecuencia lógica de la aceptación de la necesidad de la institución de heredero y del principio de corte romano de la universalidad de la herencia en la figura del *hereu* (Digesto, 28, 5, 9-12).⁶⁰

El derecho sucesorio de Cataluña se basa en el principio general de libertad de testar, una libertad que aparecía muy constreñida en el proyecto isabelino por mor de la legítima y en menor medida, pero también limitada, en el Código. No deja de plantear una seria contradicción que la aceptación de este principio general, que dota de un alto poder de disposición al causante, generalmente el padre, que así puede mantener bajo su autoridad a los descendientes, se haga compatible en el derecho civil de Cataluña con la designación del único heredero, que limita en definitiva esa libertad general de testar. Una contradicción que en similares términos se plantea entre ese principio general y la institución del heredamiento que, con origen en los *Usatges*, tuvo su auge a partir del siglo XVIII. Esta institución atenta claramente «contra el principio romano de libertad de testar, dado que una vez perfeccionado impedía a cada uno de los otorgantes disponer libremente de sus bienes *mortis causa*, sin consentimiento del otro»,⁶¹ el esposo o la esposa con quien se ha convenido esta suerte de capitulación matrimonial o pacto nupcial. La institución del heredamiento, asociada a la del *hereu*, que permite preservar la unidad del patrimonio familiar, no se incluyó en el Código, aunque estaba prevista en la *Memoria* de Duran y como tal se trasladó al apéndice foral catalán (libro I, título IV, de la Compilación de 1960).

En materia de derecho patrimonial, régimen de dominio y derechos reales no se plantearon grandes contradicciones entre ambas legislaciones, al existir similitudes entre ambos regímenes sobre la base común del derecho romano-canónico. Además, la regulación que el Código dispensa al derecho de propiedad no sigue el modelo napoleónico, basado en el concepto de *propiedad absoluta*, y se distancia del proyecto isabelino. El legislador español optó por la continuidad del dominio dividido, distinguiendo entre el dominio útil y el directo (art. 596, 1604 y 1605 CC), con la admisión, entre otros, del censo enfitéutico y de la *rabassa morta*, o censo a primeras cepas, colmando en este particular las aspiraciones de un amplio sector de propietarios y enfiteutas de Cataluña. En la inclusión de esta institución catalana en el Código se tuvo muy en cuenta la *Memoria* de Duran, en concreto sus

60. J. MARTÍ I MIRALLES, *Principis del dret successori, aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia*, Barcelona, La Renaixença, 1925 (facsimil: Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1985, colección «Textos Jurídics Catalans», núm. 1/2, p. 18, 21, 28 y sig.).

61. J. M. PÉREZ COLLADOS, «El derecho catalán de sucesiones», p. 353.

artículos 181-185, que constituyen el fundamento de lo que el legislador español trasladó al artículo 1656 del Código.⁶²

Por lo demás, el Código español adopta el genérico principio de libertad de contratación, que, con los límites que fija el artículo 1255⁶³ y como la mayoría de los códigos modernos, sigue la tradición de las leyes romanas y sirve de marco para dar cabida a cualquier novedad contractual que fuese exigida por el nuevo modelo económico de una sociedad que intenta su adaptación a los nuevos tiempos, facilitando así el tránsito de una sociedad eminentemente agraria y campesina hacia una sociedad industrial y de negocios. Quizás también por ello, en esta materia apenas se planteó discusión, ni en el debate de la Comisión en pleno en presencia de los vocales forales, ni en sede parlamentaria a su paso por ambas cámaras legislativas. Las particularidades que en esta materia ofrece el derecho civil de Cataluña encontraron acomodo en la ley especial que se redactó a modo de apéndice del Código (libro IV, título I, de la Compilación de 1960).

En lo que respecta al derecho de familia, el Código recupera a la familia tradicional tras el intento de 1851 de copiar el modelo francés, más cercano al concepto de *familia* como unidad económica; en este particular pudo producirse un cierto acercamiento con las legislaciones especiales. En el diseño de la familia patriarcal que acoge el Código, el padre ocupa un lugar preeminente, como cabeza de la comunidad familiar, con el mismo carácter que se le asignaba en la familia de tradición romana. El padre es identificado en el Código como el buen ciudadano del sistema, es el *buen padre de familia*, cuya diligencia se ensalza como modelo de virtud y prudencia, pero sin alcanzar los perfiles que el derecho catalán asigna al padre de familia, preocupado por mantener unidos los conceptos de *familia* y de *patrimonio*, incluso después de su muerte, a través del *hereu*, lo que dificulta la conciliación entre la legislación castellana y la catalana, a causa de una legítima que, recogida en el Código (art. 806 y sig. CC), acabaría dividiendo el patrimonio y disolviendo la propia esencia de la organización familiar catalana. Bien podría decirse que el padre del Código es más marido que padre. El marido es el representante de la mujer y actúa como su protector, como administrador de sus bienes, por la necesidad de «amparo» que su situación de dependencia subordinada precisa y que alcanza rango legal en el Código (art. 57, 59 y 60). A diferencia de esta concepción de dependencia y «obediencia» de la mujer respecto del marido, en la

62. M. DURAN I BAS, *Memoria acerca de las instituciones*, art. 181, 182, 183, 184 y 185, p. 348 y sig.

63. El art. 1255 otorga a los contratantes la libertad de establecer «pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

familia tradicional catalana la preocupación del padre se extiende más allá de los intereses tuitivos que reclama su esposa. El padre actúa como protector y valedor de los intereses de sus hijos y del lazo de unión que hace posible el mantenimiento del concepto de *familia*: la unidad del patrimonio familiar, base de la familia y, por ende, de la misma sociedad catalana.

En materia de derecho matrimonial, en relación con los pactos estipulados por los contrayentes, el Código otorgó la más amplia libertad en la celebración de los pactos nupciales, dando así amparo al sistema dotal, al esponsalicio y a otras modalidades de la legislación de Cataluña. Admitió, frente a lo insistentemente reclamado por Duran i Bas en defensa de las virtudes del sistema dotal,⁶⁴ que en defecto de contrato sobre los bienes de los esposos se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de gananciales (art. 1315 CC). De este modo y gracias a la mediación del letrado catalán de la Comisión, se salvó el régimen dotal en Cataluña siempre que los contrayentes optasen por esa modalidad al contraer matrimonio.

Por último, es preciso indicar que la contribución de Duran i Bas a la tarea codificadora ha de ser estimada como decisiva en tanto que actuó de intermediario entre los intereses de Cataluña y la Comisión de Codificación. Si Alonso Martínez fue el hombre clave de la codificación civil española, no está muy a la zaga de él Duran i Bas, figura clave que hizo posible el mantenimiento del derecho catalán frente a los intentos uniformistas. Además, a Duran se debe la redacción personal de algunos artículos (como los referidos al fideicomiso y otros), así como la inclusión en el Código general de algunas instituciones desconocidas o de escaso arraigo en las legislaciones de los demás territorios, como es el caso de la *rabassa morta*.

Aun así, no se mostró satisfecho de la tarea realizada. Desde sus planteamientos ideológicos contrarios a la idea de uniformidad, manifestó en el Senado, publicada la primera edición, que «[...] no soy de los que opinan que se han resuelto bien en el Código civil los diversos problemas jurídicos y sociales que caen bajo su jurisdicción [...]», para a continuación incidir en que en su redacción no se ha seguido «un criterio racional»,⁶⁵ siendo de notar como la parte más defectuosa del Código la referida a la organización de la familia. Además, Duran lamentaba los errores de técnica jurídica del Código: pese a la corrección a la que se sometió la primera edición, los errores persistieron en la segunda edición, por mala redacción o insuficiente explicación, o por contener errores de concepto legal.⁶⁶

64. *In extenso*, en M. DURAN I BAS, *Memoria acerca de las instituciones*, p. 47 y sig.

65. R. HERRERO GUTIÉRREZ y M. A. VALLEJO ÚBEDA (ed.), *El Código civil: Debates parlamentarios 1885-1889*, p. 863, sesión de 22 de febrero de 1889.

66. Sintetiza la postura crítica de Duran i Bas, J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, p. 632.

La promulgación del Código dejó a salvo la totalidad del derecho civil propio de Cataluña, que debía sistematizarse en un nuevo cuerpo legal a manera de apéndice foral, según el artículo 12 del nuevo texto, que declara la subsistencia del actual régimen foral en toda su integridad y la aplicación del título preliminar para todas las provincias del Reino, así como el título IV del libro I, «Del matrimonio».

El proceso se completó, y hasta aquí llega la aportación que me ha sido encomendada, con la publicación de la Compilación de derecho civil de Cataluña de 1960, y después, tras la aprobación de la Constitución española y del Estatuto de autonomía, con la publicación del Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio, que aprobó el texto refundido de la *Compilació del dret civil de Catalunya*.⁶⁷

67. Para la evolución posterior, véase Josep SERRANO DAURA (ed.), *L'Estatut del 2006. El dret i els drets de Catalunya a la cruïlla del segle XXI: Barcelona, abril-maig de 2007*, Barcelona, Societat Catalana d'Estudis Jurídics, 2008.